

OS REFLEXOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E POST MORTEM

NATÁLIA BATISTUCI SANTOS*
LYDIA NEVES BASTOS TELLES NUNES**

RESUMO

A reprodução humana assistida é um conjunto de técnicas que possibilitam casais estéreis a terem filhos. Através delas é possível o armazenamento de material genético, a doação de gametas, a fertilização heteróloga (aquela que usa material genético de terceiro doador) e, ainda, a *post mortem* (fertilização de material genético de pessoas já falecidas). Estas fertilizações, por sua vez, trouxeram inúmeros conflitos sendo o principal deles o estabelecimento da paternidade com as consequências sucessórias e, ainda, a valorização da afetividade.

Palavras-chave: esterilidade - fertilização heteróloga – post mortem - afetividade

1 INTRODUÇÃO

A Reprodução Humana Assistida é um meio de procriação ainda muito rejeitado pela sociedade brasileira. Apesar das técnicas terem evoluído muito nos últimos

* Acadêmica do curso de Direito da ITE – Bauru/SP – natybatistuci@yahoo.com.br

** Professora Orientadora ITE - Bauru /SP – lydnunes@ite.edu.br

anos, os brasileiros são relutantes à procriação artificial. Há pouco tempo, a reprodução humana era vista como criações da ficção científica.

Quando poderia imaginar, que pessoas estéreis pudessem gerar um filho seu, ou até com herança genética de outra pessoa?

Pois bem. A tecnologia evoluiu e hoje as pessoas que querem ter filhos têm três opções: meio natural, a adoção ou a reprodução artificial. Como a reprodução humana não atingiu as camadas sociais menos favorecidas, ainda a adoção é o meio mais “aceito” pelos casais estéreis.

No entanto, há pesquisadores no mundo inteiro estudando soluções menos traumáticas, para as pessoas envolvidas a essas técnicas.

Contudo, o Direito brasileiro não acompanhou tal evolução e simplesmente não previu soluções jurídicas para casos que, hoje, estão se tornando mais comuns e ainda são omissos no ordenamento jurídico.

Com o advento do Código Civil de 2002, esperava-se soluções, no entanto, elas não vieram. No seu art. 1597, que trata sobre o estabelecimento da filiação, novamente não resolveu efetivamente o problema e fez com que as reproduções, chamadas heterólogas (quando há material genético de pessoa diferente do casal) ficassem novamente sem regulamentação. Igualmente ocorreu com as chamadas mães de substituição ou barriga de aluguel, a fertilização *post mortem* e inúmeros outros casos.

Enfim, há muito ainda o que se pesquisar e estudar, em busca de soluções normativas para futuras lides em torno deste assunto inovador e moderno. E, como na Constituição Federal, é defeso ao juiz se esquivar de pronunciar o seu julgamento, em razão de lacuna de lei, fica a cargo deste, decidir face a tamanha incongruência.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

As técnicas de reprodução medicamente assistida devem ser vistas primeiramente, como meios dos quais os casais estéreis ou com dificuldade de gerar filhos possam se recorrer para terem seu desejo realizado. Essas formas científicas de procriação não são tratamentos da esterilidade.

E mais, a dificuldade de se realizar tais técnicas, considerando o desgaste psicológico, o físico (por se submeter a diversos exames) e até constrangimentos, fazem demonstrar a prova de amor entre o casal e, este para com a criança que tanto desejam gerar.

Tal perspectiva não pode ficar alheia à nossa Constituição, que se caracteriza por ser aquela preocupada sempre com o bem-estar da família, privilegiando esta claramente quando diz ser a família a “*base da sociedade brasileira, tendo especial proteção do Estado*” e separando um Capítulo, dentre tantos, para ela e para os outros componentes da mesma, **a criança** e o adolescente, e o idoso. Ou seja, o Estado dará respaldo para a formação da família, incentivando o casamento, no entanto, reconhecendo até as uniões estáveis, como meio de se privilegiar o afeto (art. 226, §3º da Constituição Federal).

Deste modo, alguns daqueles princípios especiais do Direito de Família podem ser “emprestados” ao Biodireito, pois esse tutela um dos principais fatores da família: a procriação.

Assim, há no Biodireito princípios estabelecidos que são chamados no dizer de Guilherme da Gama “Princípios da Bioética”. Sendo estes os especiais, ou seja, dirigidos para o campo científico. Já com relação aos Constitucionais, podemos destacar aqueles que são regentes de praticamente todas as relações familiares, tais como o da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, do direito à filiação, etc. (GAMA, 2003, p. 120). Abaixo estarão os princípios gerais do biodireito destrinchados a fim de informar quais são os primeiros direitos resguardados por toda a equipe que atenderá o casal infértil.

O princípio da autonomia requer o respeito do profissional da saúde com o paciente, levando em conta os seus valores sociais, éticos e religiosos. Consiste, em síntese, em deixar o paciente atuar sem influência externa, livremente. Desse princípio, conforme dita Maria Helena Diniz, decorre a exigência do livre consentimento informado.

Já o princípio da beneficência requer do médico ou geneticista uma maior atenção aos interesses das pessoas envolvidas na prática biomédicas, evitando, se possível, quaisquer danos. Tenta-se aumentar os benefícios da técnica ao paciente, e diminuir os riscos oriundos daquela à este. E o princípio da não-maleficência é um desdobramento do acima descrito, por defender a obrigação do médico de não causar dano ao paciente.

O princípio da justiça, na ótica do biodireito, visa a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios dos procedimentos, tratando os pacientes como desiguais conforme seus níveis de desigualdade.

2.1 A DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS E DIREITOS REPRODUTIVOS

Ao refletir sobre os direitos reprodutivos do homem, não podemos considerá-los absolutos, são eles limitados pelo bem-estar dos filhos e da comunidade. Há li-

berdade sim, para procriar e em decorrência, gerar vidas. Mas não se pode aceitar a liberdade de destruí-las. Assim, não haveria conflitos entre o direito à vida e o direito à liberdade do planejamento familiar. O que se pretende com a tutela da autonomia no âmbito familiar, é a liberdade do homem e da mulher de escolher como irão reger suas vidas no núcleo familiar, na sua intimidade, no modo de educar seus filhos, na faculdade de tê-los ou não.

Deste modo, podemos concluir que o planejamento familiar é um dos direitos reprodutivos fundamentais reconhecidos na Constituição Federal de 1988. No seu artigo 226, parágrafo 7º instituiu o planejamento familiar como a base dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Planejamento familiar é “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (Lei n. 9263/96, art. 2º). Isto é, não é a possibilidade do aborto, e sim a livre disposição do casal sobre seu conceito de família, ajudados pelo Poder Público, através de medidas preventivas e assistenciais, no caso dos casais inférteis, pois nem os convênios médicos particulares cobrem os tratamentos necessários para amenizar ou tratar a infertilidade.

Na acertada opinião da doutrinadora Maria Helena Diniz, o planejamento familiar não é um controle populacional, não deve ele ditar regras sobre o comportamento sexual dos casais e ainda, sobre a quantidade de filhos o casal pode ou não ter. Consiste numa ajuda didática às populações, menos favorecidas, de seus direitos e de suas possibilidades quando vier a nascer seus filhos (DINIZ, 2001, p. 138).

O Governo está obrigado a oferecer condições ao planejamento, ou seja, deve tanto criar possibilidades de evitar uma gravidez indesejada, através de orientação psicológica, distribuição de medicamentos e atendimento médico especializado, mas também auxiliar, através das mesmas medidas acima asseveradas, os casais que tentam se reproduzirem e não obtêm êxito.

Nota-se que as previsões constitucionais, infelizmente, padecem da não aplicabilidade, principalmente as referentes à família. De modo geral, não são apenas princípios norteadores, mas sim verdadeiros direitos individuais do homem e da mulher.

Esses direitos reprodutivos advêm do princípio (garantia constitucional) da dignidade da pessoa humana que

[...] se encontra vinculado à direitos fundamentais, normalmente é tutelado através de duas funções distintas: a) a de proteção a pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano, contra o Estado e a comunidade em geral b) a de promoção da participação ativa da pessoa humana nos destinos da própria existência e da vida comunitária, em

condições existenciais consideradas mínimas para tal convivência (GAMA, 2003, p. 457).

É por isso que podemos, tranqüilamente, dizer que os direitos reprodutivos são, na verdade, direitos fundamentais do homem, aqueles, que na maioria das vezes, estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

Devemos observar, no entanto, que as técnicas de reprodução artificial só são legítimas e constitucionais quando consistirem no único meio de se ter um filho.

Nota-se então, que os princípios estabelecidos como norteadores do biodireito são aqueles que apenas regem as relações sociais e familiares no âmbito das reproduções artificiais. Já os direitos reprodutivos garantam aos casais estéreis que serão resguardados seus direitos à filiação e à descendência, vinculando tais direitos à intervenção judicial caso fique demonstrado o seu descumprimento.

3 ASPECTOS GERAIS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

3.1 PROCESSO DE PROcriação

A reprodução humana assistida inicia-se com o interesse de um casal, na maioria das vezes estéril, de procriar. Como bem salientou Juliane Queiroz “infertilidade, conforme a Organização Mundial de Saúde, é a incapacidade de um casal de conceber após um ano de relacionamento sexual, sem uso de medidas contraceptivas” (QUEIROZ, 2001, p. 67). Assim, os casais que deverão ir em busca de técnicas de fertilização são aqueles que passaram por esse estágio, não obtendo sucesso.

Aqueles que não possuem problemas de infertilidade grave, iniciam tratamentos para melhorar a ovulação ou a produção do sêmen, para depois realizar a inseminação artificial homóloga, que é a mais simples.

Casais que possuem graves problemas de infertilidade e não há tratamentos que possam ajudá-los, recorrem-se às técnicas de fertilização ou inseminação heteróloga, usando assim material genético de um doador.

A partir desse momento, o casal assinará um *termo de compromisso* com a clínica que fará a fertilização, cujos detalhes trataremos em capítulo específico.

Encerrada esta fase, começa a realização de exames de compatibilidade com doadores e a verificação do momento ideal para se fazer a coleta de material e inserí-lo na mulher que será inseminada.

Normalmente, na técnica de fertilização *in vitro* em que há a preparação do embrião antes de introduzi-lo no útero, para garantir a gravidez, eles introduzem três embriões. Isto ocorre por ser essa técnica muito custosa, hoje em dia cada tentativa de fertilização custa em torno de 10 mil reais, risco este que os casais não querem correr com a injeção de apenas um embrião.

3.2 TÉCNICAS DE FERTILIZAÇÃO:

A reprodução humana assistida possui um imenso conteúdo de detalhes, a saber, sobre as técnicas atualmente realizadas no país. As mais comuns são a inseminação artificial (que é a mais simples e comum) e a fertilização *in vitro* ou o “bebê de proveta” (mais elaborada e com custo mais elevado).

Inseminação Artificial: é a técnica mais simples e a mais utilizada pelas clínicas, a inseminação artificial é dirigida a casais estéreis que não possuem causa aparente, ou se possuem, esta não é grave.

Consiste basicamente em ajudar o espermatozóide a fecundar o óvulo. Isto é, através de ajuda humana, os médicos especializados, através de exames, verificam os dias prováveis de maior ovulação e, com prévia coleta de material seminal, injetam o espermatozóide na mulher para que naturalmente ocorra gravidez.

Fertilização *in vitro*: neste caso, o material do casal, tanto os óvulos quanto os espermatozóides, são coletados e fecundados no vidro, na proveta, e depois colocados no útero materno. Por isso o nome “bebê de proveta”. É uma técnica mais elaborada, já que conta com o manuseio dos médicos para que ocorra a fecundação artificialmente, e não como tradicionalmente ocorre.

As desvantagens dessa técnica iniciam-se pelo elevado custo, visto que desta advém os embriões excedentes, pois ao induzir a ovulação, os médicos não têm controle sobre a quantidade de óvulos que serão produzidos pela mulher, cada uma reage de um modo ao hormônio nela injetado, chegando a ovular num mês cerca de quinze óvulos. Sendo estes coletados, serão fertilizados e analisados e os melhores implantados, caso o casal queira correr o risco da gravidez de trigêmeos. Sendo assim, os embriões restantes serão criopreservados durante um lapso de tempo. E isso, tem um elevado custo.

Há, ainda, uma classificação jurídica de fertilizações, a homóloga e a heteróloga. A homóloga utiliza material do casal inseminado, ou seja, a mulher inseminada recebe o espermatozóide do marido ou companheiro colhido através de masturbação. Já na

heteróloga, a mulher inseminada recebe material de um doador de esperma, retirado de um banco de sêmen.

Devemos analisar, além disso, o possível arrependimento em ter um filho. Há doutrinadores que entendem que a procriação artificial deve ser tratada análoga a adoção, ou seja, um ato irrevogável. Assim, futuras separações judiciais com base no adultério da mulher, por ter ela tido um filho por meio de fertilização heteróloga (material genético de outro homem, e não do marido) não poderá proceder, visto que a declaração de vontade emanada do casal é irretroatável.

Por conta disso, o doutrinador Luiz Eduardo Leite defende a realização de um Termo de Consentimento Adequado, ou seja, para cada caso de infertilidade e a técnica que será utilizada, um termo será assinado pelo casal a fim de não ocorrerem problemas no futuro. Tal termo preverá a técnica a ser utilizada, se homóloga ou heteróloga, ressaltará a voluntariedade do procedimento e “proibirá” possíveis arrependimentos e impugnações de paternidade depois de feita a fertilização (LEITE, 1995, p. 105).

3.3 ASPECTOS JURÍDICOS

No direito brasileiro, há uma presunção de paternidade chamada *Pater is est* que está inserida no artigo 1597 do novo Código Civil, que prevê situações nas quais o marido da mulher será presumidamente declarado pai. Isto é, aqueles filhos nascidos nos primeiros 6 meses de casamento são considerados do marido, e aqueles que nasceram nos 10 meses posterior à morte do marido é considerado filho deste. Isso para reprodução humana assistida deveria funcionar, mas não é bem assim.

A orientação adotada em legislações mais recentes alterou o direito de filiação, privilegiando o nascimento em detrimento da concepção, deixando de lado as presunções de coabitação e concepção. Segundo Álvaro Villaça Azevedo, na Alemanha adota-se a seguinte posição: “se um homem for casado com a mãe no momento do nascimento da criança, então ele é o pai da criança sem que deva haver outros requisitos” (LOBO; AZEVEDO, 2003, p. 50).

Maria Helena Diniz comenta que a presunção advinda do inciso V do artigo 1597 do CC, baseia-se na doutrina dos atos próprios de Díez-Picazo “fundado no princípio da boa-fé e da lealdade de comportamento, instaurar a vontade procracional do marido, como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao consentir a inseminação heteróloga de sua mulher. A paternidade, nesta última hipótese, apesar de não ter fundamento genético, terá o moral, privilegiando-se a relação sócio-afetiva” (DINIZ, 2001, p. 461).

Há casos em que a mulher, após a morte do marido, quer ter um filho, através do material genético que este armazenou num banco de sêmen antes de sua morte. Aqui a presunção não funciona, pois ela poderá ter o filho anos após a morte do marido e se fizerem o teste de paternidade verificarão ser ele o filho biológico do falecido.

Na jornada de Direito Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça, em 2002, aprovou-se proposição no sentido de que:

[...] interpreta-se o inciso III do art. 1597 para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que seja obrigatório que a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte (LOBO; AZEVEDO, 2003, p. 51).

No entanto, tais questões serão esmiuçadas em capítulo próprio.

Há, ainda, uma circunstância peculiar, na qual o filho produto da inseminação teria possibilidade de procurar o pai biológico, ou o inverso, o doador poderia tentar encontrar as crianças que nasceram com a ajuda de seu sêmen?

Como o direito à filiação é indisponível, segundo a Constituição Federal, há doutrinadores que defendem que o filho, produto de uma reprodução artificial, tem o direito de ir em busca de seu pai biológico. De conhecê-lo e ter até sua paternidade reconhecida, porém não terá nenhum direito sucessório advindo desse pai.

As pessoas devem pensar sim, no lado do filho que quer conhecer e ter um pai, no entanto, deve-se também analisar o lado do doador, que através de um ato de liberalidade, de bondade, doou seu sêmen ou seu óvulo para que outros casais pudessem ter seus filhos e, não obstante, é citado para contestar uma ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. É justo um doador de sêmen ter que pagar alimentos para os possíveis trilhões de filhos que ele possa espalhar pelo mundo?

É claro que não é bem esse o caminho. O anonimato do doador, como tudo no direito, não deve ser absoluto, principalmente diante de uma doença genética grave que a criança possa estar sofrendo e o doador possa ajudar a solucionar.

Devemos pensar que o doador tem seus direitos, e que quando doa seu material genético não pensa em ter filhos, e sim em ajudar outros casais. Não é a intenção de um doador ter filhos e futuramente as responsabilidades advindas de um filho.

4 A REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E AS RELAÇÕES DE PARENTESCO

Antes de entrarmos no mérito, devemos nos atentar a um aspecto científico muito importante para este trabalho: a terminologia. Como bem salienta Angela Marinho, em sua dissertação de mestrado, as palavras infertilidade e esterilidade, usadas muitas vezes como sinônimas, na verdade não o são. Infertilidade representa a incapacidade absoluta, definitiva, irreversível, sendo impossível, deste modo, a aplicação de algumas técnicas de reprodução humana.

Já a esterilidade podemos destacar como sendo a incapacidade relativa de gerar filhos, ou seja, é aquela que pode ser tratada com alguns tipos de técnicas, há normal funcionamento do organismo, contendo gametas suficientes para que ocorra a procriação naturalmente, porém com dificuldade. Já na infertilidade não há células germinativas suficientes para a reprodução natural.

Neste trabalho iremos, algumas vezes, tratar da infertilidade e esterilidade como sinônimas porque é assim que muitas vezes a doutrina trata.

Podemos destacar neste capítulo uma classificação muito importante que, embora tratada anteriormente, voltamos a destacar. Nas técnicas de fertilização ou esterilização estão compreendidas duas grandes classificações que será a pedra de toque do nosso trabalho. Essa classificação compreende a fertilização homóloga e a heteróloga.

Na fertilização homóloga usa-se o material genético do casal que terá o filho oriundo da técnica. Entretanto, na fertilização na modalidade heteróloga, o casal submetido à técnica, usará o material genético de um terceiro, podendo ser este o sêmen ou o óvulo de doadora. Nesta técnica, utilizar-se-á material de terceiro por ter um do casal ou ambos infertilidade, isto é, tem incapacidade absoluta, irreversível para gerar uma vida.

Pois bem. Feitas as primeiras considerações analisaremos as conseqüências da fertilização heteróloga, que por si só, já acarreta efeitos sociais e jurídicos. Por ser esta uma técnica que envolve material genético de doador estranho ao casal, indaga-se: quem será considerado para efeitos jurídicos o pai ou a mãe da criança? Se o material genético doado for sêmen, quem será o pai desta criança? O socioafetivo ou o biológico? Se for óvulo, será mãe aquela que deu a luz (parto) ou a biológica? O doador poderá reivindicar a paternidade ou maternidade?

4.1 PARA A FILIAÇÃO E PATERNIDADE

Depois de passado todo o processo descrito no capítulo anterior, passamos, finalmente, a analisar o contexto da filiação na modalidade de reprodução heteróloga.

Brilhantemente destaca Angela Marinho que:

[...] originariamente, a filiação estava ligada à procriação, à geração de uma nova vida. Perante as técnicas de reprodução humana assistida ainda persiste esta idéia de gerar uma nova vida, entretanto, não haverá necessariamente um vínculo natural de descendência genética diante da possibilidade da doação de gametas (MARINHO, 2005, p. 94).

Deste modo, o parentesco civil previsto no artigo 1593 do Código Civil¹ não advém, hoje, somente da adoção, mas também das modernas técnicas de fertilização artificial. O parentesco estabelecido entre aquela criança e o cônjuge que não doou seu material genético para concebê-la será o civil, afastando, portanto, o parentesco natural que esta teria com aquela pessoa que doou o gameta.

Portanto, para o Direito Brasileiro, não pode uma pessoa ter dois parentescos estabelecidos. Vale dizer, a criança oriunda de uma técnica de reprodução assistida heteróloga só terá parentesco natural com uma pessoa do casal que forneceu seus genes, e parentesco civil com a outra que não possuía tal capacidade, ou dois parentescos civis caso a fertilização tenha sido feita com a doação do sêmen e do óvulo.

Entendo, assim como muitos doutrinadores, que deve-se tais procedimentos serem tratados de forma análoga à adoção. E ainda podemos completar tal assertiva com a definição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem:

[...] nos dias atuais, a parentalidade-filiação decorrente de reprodução heteróloga unilateral - ou seja, com aproveitamento de material fecundante de apenas um doador, o terceiro - nada mais representa do que, '*mutatis mutandis*', o instituto da adoção unilateral resultante de procriação assistida. Da mesma forma, quando a parentalidade-filiação resulta da reprodução heteróloga bilateral - com emprego de material fecundante de doador de espermatozóide e de doador de óvulo, ou doação de embrião excedentário de outro casal - há a assimilação ao instituto da adoção bilateral. Entretanto, para que fosse possível reconhecer a adoção como paradigma absoluto no campo da reprodução hete-

1 art. 1593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

róloga no aspecto da constituição dos vínculos haveria necessidade de norma estabelecida de tal equiparação (GAMA, 2003, p. 628).

Se o cônjuge ou companheiro que é infértil autorizar a fertilização de sua mulher para que ela tenha um filho considerado de ambos, não há que se falar, depois de realizada a fertilização, de arrendimento.

O cônjuge que não contribuirá com seu material genético, sêmen ou óvulo, deverá através de um Termo de Consentimento Adequado, declarar espontaneamente, sua vontade de ter um filho e que para isso será utilizado material diferente do dele (LEITE, 1995, p. 20-21).

Tal atitude considera-se ser a manifestação de vontade de que o filho que nascerá de sua esposa ou companheira será declarado seu e registrado em seu nome. Vale dizer, não terá problemas com o registro da criança por ter ele consentido com relação ao “nascimento do filho”.

Observemos, então, o posicionamento de Adalgisa Wiedemann Chaves sobre o estabelecimento da paternidade:

Claro está que o casal, ao buscar uma clínica de reprodução assistida, está buscando conceber uma prole biológica; havendo o impedimento clínico para tal, optando o varão por recorrer a um doador de esperma, está, de fato, dizendo que afetivamente lhe basta que a prole mantenha identidade genética com a consorte. Logo, está afetivamente assumindo o compromisso de se vincular socioafetivamente com os filhos de sua esposa, bem como de tratá-los como se seus fossem. Por conseguinte, o liame socioafetivo surgiu no momento da concepção da criança (CHAVES, 2005, p. 159).

Caso esse cônjuge ou companheiro que tenha autorizado a fertilização de sua mulher se arrependa, depois de realizado o procedimento, não poderá contestar sua paternidade. Neste campo, teremos ainda a presunção de paternidade denominada *Pater is est...* que pressupõe ser filho do companheiro, aquele que na data do nascimento, tinha convivência marital, conforme o artigo 1597 do Código Civil.

Considera-se para fins de presunção no novo Código Civil aqueles casais que são efetivamente casados, constituíram matrimônio, no entanto, entendo neste caso ser, através de interpretação análoga, um caso de se aplicar a presunção da paternidade em uniões estáveis, até pelo tratamento constitucional dado à elas de ‘equiparação’.

Tal presunção será tratada em momento oportuno, sendo esta de muita valia para solucionar alguns dos problemas decorrentes da reprodução heteróloga.

4.2 AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Como já salientado, aquele cônjuge que declarar sua vontade de conceber um filho através de inseminação ou fertilização heteróloga, somente poderá se arrepender de tal autorização se a técnica eleita ainda não foi realizada.

Tal assertiva tem amparo no nosso Direito, porque é defeso a todos obrigar outrem a ser pai. Se uma pessoa assume um comportamento de risco de manter relações sexuais sem preservativo, está assumindo a responsabilidade de pai caso nasça uma criança dessa relação. Agora, na reprodução humana artificial, o marido que, por exemplo, autoriza sua mulher a implantar embrião concebido com material genético de outro homem, um doador, não realizou nenhuma ação que faça-o assumir a paternidade. Deste modo, teria ele o direito de se arrepender e se retratar do consentimento, se caso perceber que não seria a melhor maneira de se tornar pai.

Se neste exemplo, a mulher mesmo assim fizesse a fertilização não poderia imputar esta paternidade ao marido. Se aceitássemos isso, seria admitir, através de técnicas de reprodução medicamente assistida, a possibilidade de se chantagear alguém, de conseguir uma herança, um benefício qualquer.

Caso o marido assumisse completamente esta paternidade, assinasse o Termo de Consentimento Adequado, espontaneamente, na frente de muitas testemunhas e depois de um ano do nascimento do filho, resolvesse separar-se de sua mulher imputando a ela a infidelidade e a conseqüente gestação de um filho que não era dele. Teria esse pai direito de ingressar com ação negatória de paternidade e após uma separação judicial? A resposta é clara, ele não pode fazer isso.

A partir do momento que assumiu a paternidade de filho que sabidamente não tinha consangüinidade, não lhe é permitido a qualquer momento negar sua responsabilidade.

O Novo Código Civil em muitos momentos faz prevalecer a verdade socioafetiva em detrimento da verdade somente biológica, como por exemplo no seu artigo 1596², onde assegura a igualdade dos filhos, nos artigos 1600³ e 1602⁴ onde implicitamente assegura ao filho rejeitado a possibilidade de não ter sua paternidade elidida por não ser filho “legítimo”, ou seja, biológico, consangüíneo. Com base somente nestes artigos pode o juiz declarar a ação negatória de paternidade improcedente, tendo em vista

2 art. 1596: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designação discriminatórias relativas à filiação.

3 art. 1600: Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

4 art. 1602: Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

ter passado a vida toda da criança sendo tratada como consangüínea fosse perante os olhos da família e amigos. Prevalece, assim, a verdade socioafetiva onde basta a vida social, cotidiana e o “estado de filho” para se verificar quem é o pai desta criança.

Como bem salientou o autor acima citado, nos dias de hoje o princípio da afetividade determina o vínculo da filiação (LEITE, 1995, p. 208-209).

Igualmente, mais vale quem criou e educou do que aquele que cedeu seu sêmen para a concepção de uma criança. E no caso de fertilização assistida, o marido, no caso, que aceitou ser pai e depois se arrependeu, não pode alegar esse arrependimento como causa para anulação de um registro, deixando a criança sem pai; seria privilegiar o capricho humano, ao invés de salvaguardar o direito da criança de ter um pai e uma mãe. Direito este constitucionalmente assegurado.

E se for o doador do material fertilizante que ingressar com ação de investigação de paternidade? E seu anonimato?

Bem, em regra nem o doador, nem o casal receptor deveriam saber quem foi o doador, nem quem foi o beneficiado. Contudo, como se sabe que podem ocorrer erros nesse processo de fertilização pode também, o doador saber quem foi o casal que recebeu seu material e ter a vontade de reconhecer o filho e até pedir sua guarda, tendo em vista o aspecto biológico. Mas, acertadamente, declinam os doutrinadores à negativa, pois o casal que recebe material genético de outra pessoa não pode ficar receoso em receber uma citação em ação de investigação de paternidade, se assim fosse não haveria segurança nenhuma em fazer reprodução humana assistida.

Além disso, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1358/92, que é a única base, não legislativa, mas doutrinária para tal assunto, diz claramente que é resguardado o anonimato ao doador e a gratuidade da doação.

Nem, do outro lado, ao doador ser-lhe imputado uma paternidade que conscientemente não anuiu. Na mesma linha de pensamento, Leite diz:

[...] fica impossibilitada a propositura de ação de investigação de paternidade do doador em face do filho, quer em decorrência do sigilo dominante nos bancos de esperma, quer porque esta criança não é institucional, nem voluntariamente sua.

Ora, a doadora de óvulo, quando doa a um casal, está abdicando voluntariamente de sua maternidade jurídica, da mesma forma como quem entrega uma criança para a adoção está renunciando a todo e qualquer direito de filiação até aquele momento existente (LEITE, 1995, p. 397).

Concluindo, o cônjuge que se arrepender de ter dado autorização para que o outro concebesse filho sem sua carga genética, tem um prazo entre a autorização e a efetiva realização do procedimento, para se arrepender e se retratar da autorização dada.

Caso ele alegue em sede de ação contestatória de paternidade que sua autorização foi dada com vício de consentimento, ou com falsificação de sua assinatura, deve o magistrado verificar quais foram as circunstâncias e declarar, ou não nulo o registro.

Deve-se verificar quais foram os vícios alegados, pois não poderá ser qualquer um, deverá ser provado o vício da vontade: coação, erro ou lesão e até fraude, não podendo, portanto, alegar dolo. Para que a ação contestatória de paternidade seja procedente deve restar provado que o marido foi chantageado (coação irresistível) e assinar o termo, ou foi enganado achando que aquela autorização era para outra finalidade ou ainda que sua assinatura era falsa, ele não havia assinado.

4.3 TERMO DE CONSENTIMENTO ADEQUADO

O Termo de Consentimento Adequado, como já foi esboçado, ganhou esse nome do doutrinador Eduardo Oliveira Leite, no entanto, pode ser chamado de autorização, declaração espontânea de paternidade, ou ainda de Termo de Consentimento Informado, assim nomeado pela Resolução nº 1358/92 do CFM. No entanto, usaremos “Termo de Consentimento Adequado” por ser a terminologia mais completa existente.

Consiste em uma declaração dada pelo marido/companheiro ou pela esposa/companheira ao outro autorizando a realização da fertilização ou inseminação artificial sem seu material genético, utilizando assim o sêmen ou óvulo de terceiro.

Segundo Juliane Queiroz, é composto por alguns elementos básicos para se constituir de forma satisfatória. Para a autora, é preciso que o casal tenha plena capacidade civil para decidir sobre o tratamento, seguindo a trilha dos artigos 5º e 6º do Código Civil (QUEIROZ, 2001, p. 98).

Para que o Termo seja assinado sem vícios ou defeitos, as partes devem ter total compreensão de todas as informações e condições passadas pelo médico sobre o tratamento a que elas serão submetidas. Isto compreende o paciente saber realmente todos os riscos, benefícios e desconfortos que o tratamento pode proporcionar.

Uma das características mais marcantes que o Termo de Consentimento Adequado deve possuir é a voluntariedade das partes ao aderir às técnicas de fertilização. Nada deve ser acertado sob coações ou qualquer outro vício, senão será este insanável.

E o último elemento imprescindível é o consentimento, isto é, a vontade de ambas as partes, tanto marido como mulher, de se submeterem ao tratamento, mes-

mo que este atinja somente a um deles. Também deve ser isento de manipulações físicas ou psicológicas e, segundo a mesma escritora, pode ser revogável (QUEIROZ, 2001, p. 99).

A partir dessa afirmativa, devemos analisar muito bem o termo “revogável”. Não se deve entender que o Termo de Consentimento Adequado seja total e irrestritamente revogável. A solução mais acertada seria, baseando-se no bom senso, permitir que, ou marido ou mulher, possa arrepender-se e revogar referido termo caso a fertilização ou inseminação não tenha se realizado, pois caso contrário, não há como o marido p. ex. que permitiu que sua mulher fizesse uma fertilização heteróloga, arrepender-se e deixar a criança que nascerá futuramente sem uma referência paterna.

A autora ressalta, ainda, que o consentimento é estendido a todas as partes envolvidas no tratamento para a procriação, “mesmo que não sejam submetidos diretamente a uma intervenção médica, como é o caso dos doadores e mesmo do marido” quando a infertilidade encontra-se na mulher (QUEIROZ, 2001, p. 100).

Defende que tal consentimento é indispensável, e que nenhuma autorização judicial poderá substituí-lo.

Tal substituição não pode ocorrer, tendo em vista que o consentimento extraído do marido não se configura outorga marital para a prática de atos pela mulher, mas sim, manifestação de vontade própria na realização de intervenção médica que gerará responsabilidade para si.

4.4 PROCRIAÇÃO ASSISTIDA X ADOÇÃO

As técnicas de fertilização humana assistida causam temores na sociedade brasileira, pois esta não conhece a fundo quais são as diversas maneiras de procriação artificial e como realmente se processam tais técnicas. Ainda é relutante as atitudes dos casais que querem ter seus filhos biológicos em aceitar a adoção.

Devo esclarecer: cada instituto tem sua beleza e sua abrangência. A adoção é um ato de amor para com o próximo, é ter caridade, compaixão para com aquelas crianças que foram abandonadas pelos pais, rejeitadas, maltratadas e que merecem amor.

Já a fertilização, é um meio de encontrar seu próprio filho. Os casais que pretendem realizar a fertilização, na maioria das vezes, só querem uma ajuda para a natureza. A adoção tem outro aspecto. Neste instituto as crianças já nasceram, cresceram um pouco, mesmo que sejam bebês e, de uma forma ou de outra, já passaram por um período de rejeição e afastamento com relação aos pais.

Na adoção, não há o período de gestação, que para muitos estudiosos, é o momento de se estabelecer uma amizade com a criança, é a hora da criança sentir todo o amor que lhe é dado e quanto esperam por ela neste mundo. E isso, inegavelmente, na fertilização o casal tem.

Concordamos com Eduardo Oliveira Leite, quando diz que não é correto incentivar a adoção com a finalidade de se ver “livre” dessas crianças que foram mal tratadas e abandonadas nos infinitos abrigos que o Brasil possui. Esse problema de abandono de crianças é um problema social e a vontade de ter filho é pessoal (LEITE, 1995, p.104).

Não adianta o Governo querer incentivar um instituto que é tão precário neste país: há a necessidade da ação de destituição do poder familiar, cujo trâmite é extenso e demorado, e que nem sempre é observada pelos fiscais da lei e protetores dos menores, Ministério Público, que é o responsável por essas crianças. É ele que deve observar a quantidade de crianças que estão instaladas nestes abrigos, ou junto com o Conselho Tutelar verificarem os menores que estão sofrendo maus tratos e, ingressando com a ação de destituição, agilizar a ida destas para as famílias que pretendem a adoção.

Enquanto esses órgãos não se mobilizarem e resolverem a situação, incentivando cada vez mais as famílias cadastradas no Cadastro Geral a continuarem neste, a adoção será uma providência cada vez mais rara neste contexto.

Porque o que não falta são casais querendo adotar, porém a maioria pretende acolher um bebê, e a demora que é causada por esses trâmites legais faz com que a criança cresça e não seja mais tão fácil inserí-la numa família substituta.

A solução mais acertada seria o Governo incentivar tanto a adoção como a fertilização artificial, inclusive fornecendo o procedimento gratuitamente, para que os casais inférteis ou estéreis possam escolher o que é melhor para eles.

Assim como opina o autor supracitado, não é nenhum egoísmo querer ter seu próprio filho, mesmo na modalidade heteróloga, a criança pode ter no mínimo, metade de material genético do casal, já na adoção não. E se for homóloga, terá gens dos dois, sendo a técnica mera auxiliar da natureza, que se encarrega do resto.

Há também a possibilidade, na adoção, de haver rejeição com relação à criança, mesmo conhecendo antecipadamente, o casal no decorrer da vida pode se arrepender e querer devolvê-la para o abrigo, mesmo sendo a adoção irrevogável, há a possibilidade de se abandonar a criança recebida, o que seria outro grande trauma para este menor.

Não que isso não possa ocorrer na reprodução assistida, mas é mais difícil, visto que o procedimento em si também é longo e proporciona para o casal uma maior reflexão quanto a sua vontade.

Portanto, cada instituto se encaixa perfeitamente com a necessidade de cada um, há casais que preferem adotar uma criança já crescida por ter medo da gravidez ou do parto. Mas pode ocorrer que existam casais que necessitem desse período de gestação, e queiram ter seu próprio filho, mesmo que este não seja inteiramente herdeiro biológico.

Em ambos os casos estabelecem-se o parentesco civil e privilegia-se a verdade de socioafetiva.

4.5 A SOCIOAFETIVIDADE RECONHECIDA NA JURISPRUDÊNCIA

No poucos momentos de pesquisa na jurisprudência, pode-se encontrar pelo menos alguns julgados no Brasil em torno do reconhecimento da socioafetividade. Com a vinda do Código Civil, o afeto se destacou e privilegiou-se a verdade sociológica em detrimento da biológica, passando, assim, a idéia do que mais vale, é o pai que acompanha o filho, do que aquele que somente contribui com o material genético.

Neste sentido, podemos destacar alguns julgados muito interessantes deste assunto:

INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (TAMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 408.550-5, Rel. Juiz UNIAS SILVA, J. 01.04.2004).

Nota-se que o julgador deixou claro que o pai não pode simplesmente abandonar o filho a sorte e nunca mais ampará-lo. E o melhor, este amparo não é financeiro e sim moral, psicológico e principalmente afetivo. Por conseguinte, não basta o “pai” prestar alimentos regularmente, somente com receio de ajuizamento de ação de execução de alimentos e por consequência, a prisão; há a responsabilidade de amparar a criança em seu desenvolvimento não deixando-a apenas com a figura materna.

Há alguns, ainda, que tem a “coragem” de reconhecer a paternidade de uma criança que sabe não ser seu filho genético, na constância do matrimônio, quando este termina

ensejando uma separação judicial e até o divórcio, ingressa com uma ação negatória de paternidade (como salientado anteriormente) querendo retirar sua responsabilidade de pai (prestar alimentos) por ter tido seu orgulho ferido no fim do relacionamento. Quem até então era o pai daquela criança não mais o é pela simples característica da consangüinidade, nunca antes causadora de diferenças. Abaixo um exemplo:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - DECLARAÇÃO FALSA NO REGISTRO DE FILIAÇÃO - DESCONSTITUIÇÃO DO REGISTRO PÚBLICO - IMPOSIBILIDADE - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - Se o autor reconheceu formalmente o infante, sendo sabedor da inexistência do liame biológico, mas deixando evidenciada a situação da paternidade socioafetiva, não pode pretender desconstituição do vínculo, pretensão essa que se confunde com o pedido de revogação. Vedação dos arts. 1609 e 1610 do novo Código Civil (e, também, do art. 1º da Lei 8560/92). Recurso Desprovido” (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70007470297, Rel. Des. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, J. 10.12.2003) (grifou-se).

No mesmo sentido, reconhece o Tribunal a prevalência da verdade socioafetiva em detrimento da biológica, mesmo tendo o exame de DNA comprovando a inexistência de vínculo genético.

AGRAVO - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - PENSÃO - EXAME DE DNA QUE AFASTA PATERNIDADE BIOLÓGICA - POSSIBILIDADE DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - Ainda que o exame de DNA tenha afastado a paternidade biológica, é de se manter o pensionamento do agravante, pois há a possibilidade de existência de paternidade socioafetiva. Necessária ampla dilação probatória. Deram provimento.” (TJRS, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 7007173735, Rel. Des. RUI PORTANOVA, J. 13.11.2003) (grifo nosso).

Aqui conclui-se do mesmo modo que antes foi exposto, o Direito Brasileiro acertou, mesmo que raras vezes, quando faz privilegiar a rotina, o sentimento paterno, ao invés de apenas se preocupar com o liame biológico. Pois o relacionamento sociológico entre pai e filho é construído, é uma convivência dia após dia, de desentendimentos e momentos de união, já o liame genético pode, muitas vezes, ser acidental, contra a vontade real das partes, sendo, desta maneira, mais fraco e inferior.

5 A PROBLEMÁTICA DA INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

Post mortem é uma expressão latina que significa “depois da morte”, assim, a inseminação *post mortem* é aquela realizada depois da morte de um dos doadores de

material genético. Com a criação dos bancos de sêmen e a facilidade de se congelar o esperma para ser usado no futuro, viu-se a possibilidade de realização da inseminação depois da morte de um dos genitores.

Hoje, a pessoa que sofre de um mal grave, como por exemplo, um câncer, e quiser armazenar seu material genético, pois depois do tratamento pode ficar estéril, pode armazenar seu material genético antes mesmo de se submeter a ele, e posteriormente, poderá ter um filho com seu material genético.

Mas, além desses bons resultados, a inseminação *post mortem* pode causar ainda muitos conflitos. Do mesmo modo que a pessoa que estará submetida a um tratamento agressivo quer assegurar sua possibilidade de ter um filho, pode também aquela mulher que não possui parceiro, ter seu filho independentemente. Assim, é chamada a Produção Independente.

Muitas mulheres hoje que possuem o sonho da maternidade não necessitam mais ter um marido ou um companheiro para realizá-lo. Basta ir a uma clínica de fertilização, comprar o sêmen e realizando a inseminação, ter o filho de um doador anônimo.

Se por um lado, resolveria seus problemas (mãe e mulher), por outro, criaria vários outros. Tem a mulher o direito de ter um filho sem pai? E além de não ter pai no registro, nunca saber de quem realmente se é filho?

Há quem diga que, psicologicamente, é melhor um pai ausente do que um pai que morre tragicamente e de repente. No entanto, não é neste ponto que deve-se focar. Há muitos problemas ético-jurídicos que advém dessa paternidade.

Será que a mulher solteira, viúva, separada ou até uma que tem uma relação homoafetiva tem o direito de trazer ao mundo uma criança que nunca saberá quem efetivamente é ou foi seu pai? Não achamos que a mulher tenha esse direito.

Ou melhor, será que o homem tem o direito de alugar uma barriga, chamada mãe de substituição por alguns doutrinadores, somente para saciar o seu desejo da paternidade?

Como se pode verificar são questões que ainda estão muito novas na mente da sociedade brasileira, são muito distantes da realidade. Porém, este não é um motivo para o ordenamento jurídico brasileiro ficar a margem disso. Cada dia que passa, mais pessoas se socorrem a estes mecanismos para realizar o sonho da maternidade e, sem regulamentação, o sonho pode tornar-se pesadelo.

Mas a doutrina está aí para ajudar a todos a resolver os possíveis problemas quanto as técnicas de reprodução.

Uma delas pode-se dizer que é a presunção *Pater is est...* que estando inserida no Novo Código Civil poderá ajudar a todas as pessoas envolvidas nestes processos.

5.1 PRESUNÇÃO *PATER IS EST...*

A expressão latina *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, que deu lugar à presunção mais conhecida como *Pater is est* advém da relação do matrimônio. É ela que determina será pai da criança o marido da mãe. No novo Código Civil está inserida no artigo 1597, onde prevê quais serão as situações que merecem a aplicação desta presunção.⁵

Está apoiada em outras duas presunções: a de coabitação e fidelidade da mulher, e o reconhecimento implícito e antecipado da criança feita pelo marido ao casar. (LIMA, 2002, p. 151).

No entanto, a maioria da doutrina sustenta que, mesmo diante da proteção constitucional às uniões estáveis, tal artigo não se aplicaria às relações que não fossem o matrimônio. O que parece errôneo.

Se a Constituição Federal, que neste país representa a lei maior, concede às uniões estáveis patamar “igualitário” às relações matrimoniais, como pode o Código Civil, uma lei inferior, retirar a proteção advinda desta presunção às relações não oficiais? Apesar de expressa a abrangência de tal artigo, não é admitido ser contrário à lei maior que dita que as uniões estáveis serão consideradas equiparadas ao casamento.

Segundo o míni dicionário de Língua Portuguesa Houaiss, a palavra equiparação significa “comparar (pessoas, objetos, idéias, etc), considerando-os idênticos ou de mesmo valor ou significado [...] conceder a (pessoas, entidades, etc.) vantagens que outros já possuem”. Considerando tal sinônimos, não há dúvidas que se há autores que admitem que a Constituição equiparou a união estável ao casamento, e diferenciam equiparação de igualdade, usando de interpretação literal, não há diferença (HOUAISS, 2004, p. 293).

5 artigo 1597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II- nascidos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento;
III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

É certo também afirmar que, sendo ou não os termos equiparação e igualdade sinônimos, deve-se, baseado em outros princípios favoráveis à criança, em proteção ao menor, ser mais adequada a interpretação que dá à esta criança um pai, nem que seja este presumido.

Será certo, então, que a criança fique por algum tempo sem a figura paterna definida somente porque seus pais não oficializaram a relação matrimonial? E só por serem casados, seria diferente?

Mesmo não sendo nada justo, os oficiais de Registro Civil levam a lei ao pé da letra, dificultando o registro da criança oriunda de uniões estáveis, quando o pai não manifesta expressamente o desejo da paternidade.

5.2 POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO FILHO NASCIDO “SEM PAI”

Como já salientado anteriormente, a inseminação *post mortem* pode causar inúmeros problemas quanto ao estabelecimento da filiação, causando até efeitos na sucessão hereditária.

Angela Marinho, em sua dissertação de mestrado, ressalta que:

A questão reside no fato de, adotando técnicas reprodutivas pós a morte dos genitores biológicos, estar-se-ia condenando, de antemão, à orfandade referida criança, com possíveis reflexos patrimoniais, uma vez que a legislação brasileira determina que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1798 do CC de 2002) (MARINHO, 2005, p. 227).

Segundo o Código Civil de 2002, há a possibilidade de se realizar a inseminação *post mortem* sem ter reflexos quanto à filiação se a concepção já tiver ocorrido no momento da morte de um dos genitores ou, ocorrendo depois, a criança nasça no período de 300 dias subsequentes à morte, se enquadrando, desta forma, no inciso II do art. 1597 do mesmo Codex.

Cumpre salientar que, se a inseminação *post mortem* for homóloga, não haverá problemas quanto ao estabelecimento da filiação, porque o Código presume filho do marido morto no inciso III do artigo supracitado, além de ser fácil a prova genética da relação de parentesco. Se o filho nascer dentro do período estipulado no inciso II, esta criança entrará na sucessão legítima (MARINHO, 2005, p. 229).

O problema, então, surge quando a criança nasce depois de decorrido tal prazo, ficando a cargo da justiça comum estabelecer a filiação no bojo de uma ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança.

Desta forma, estabelece-se a filiação e resta a discussão dos direitos sucessórios.

Se fossemos considerar o inciso III do art. 1597 - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido - a filiação poderia até ser estabelecida facilmente, deixando a questão da sucessão a ser discutida posteriormente. Há, ainda, autores como Mônica Scaparo e Angela Marinho, que defendem que, caso o genitor morto queira dar proteção jurídica aos embriões congelados possuidores de seu material genético, ele poderá, através de manifestação de última vontade, reconhecer filhos concebidos por determinada pessoa, ou seja, sua prole eventual.

Para que isso ocorra, este nascimento deverá ocorrer dentro do prazo estabelecido pelo artigo 1800, parágrafo 4º do Código Civil, qual seja, dois anos. Assim, a herança do *de cujus* não ficaria eternamente sem definição (MARINHO, 2005, p. 233).

Analisando-se profundamente as conseqüências de uma inseminação *post mortem*, verifica-se que estas residem drasticamente na sucessão, nos direitos hereditários. A partilha de bens ficará eternamente sem definição, sem segurança jurídica, e isso não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É necessária a análise de alguns aspectos como: se considerarmos que a criança que nascerá será filha biológica e afetiva do *de cujus* (autorização dada por este), declinamos a entender que seria injusto se esta não fosse reconhecida como filha e conseqüentemente, declarada a paternidade e direitos sucessórios.

Ocorre que, se analisarmos do outro ponto de vista, verificaremos que se a legislação brasileira permitir a inseminação *post mortem* indiscriminadamente, restaria as futuras mães o bom senso de conceber ou não os espermatozoides armazenados, fazendo nascer uma criança já desprovida de pai.

E, considerando que, se ficar a cargo das companheiras a decisão de ter ou não o filho, pode ocorrer uma manipulação por parte delas, com o fim de aproveitar da herança que o *de cujus* deixou. Caso, p. ex, que pode ocorrer se a atual companheira for autorizada a ter um herdeiro após a morte do *de cujus*, que por sua vez só possui herdeiros próprios e não filhos conjuntos com a atual companheira.

Nesta esteira, conclui-se que a melhor maneira de se autorizar ou não a inseminação *post mortem* é o estabelecimento de prazos, assim como ocorre com a prole eventual.

Para que a mulher possa conceber um filho do marido ou companheiro falecido, ela primeiramente, terá que possuir sua autorização, para realizar a inseminação.

Após, terá que conceber tal criança dentro de um prazo razoável: os dois anos estabelecidos pelo legislador para a prole eventual, usado aqui analogicamente.

Por conseguinte, os herdeiros poderiam ingressar com a ação de inventário ou arrolamento e, se este for finalizado antes de dois anos, seria reservado uma cota-parte ao possível herdeiro. Desta forma, haveria segurança jurídica, porque os herdeiros saberiam que se dentro de dois anos não nascesse tal prole, seria dividida a herança, definitivamente.

Para que se pudesse controlar tal manobra, esta só seria possível se a mulher fosse autorizada a realizá-la nos autos do próprio inventário ou arrolamento através de uma espécie de alvará. De tal modo, o juiz responsável pela partilha de bens seria o competente para analisar tal prazo e verificar se é cabível tal fertilização (se o *de cujus* realmente deixou material genético armazenado, se autorizou uma inseminação após sua morte, etc), ficaria também ciente e prevenido para eventuais discussões em torno disso.

A solução sobre a inseminação *post mortem*, assim como os problemas e consequências advindas das reproduções humanas artificiais, é muito difícil. Ainda é um tema muito novo, não amadurecido, mas com o crescimento mundial de tais técnicas, próximo está o dia em que os tribunais terão que resolver conflitos sobre o estabelecimento da paternidade *post mortem* e os efeitos decorrentes desta filiação.

6 CONCLUSÃO

Com o advento das técnicas de reprodução humana assistida ficou mais fácil ter filhos, pois vislumbrou-se a possibilidade de armazenar material genético assim como doar e receber sêmen e óvulo de outrem.

As técnicas de reprodução artificial são “escolhidas” conforme a infertilidade ou esterilidade do casal, sendo a escolha por homóloga ou heteróloga a mais difícil e importante.

Aqui reside o problema da fertilização heteróloga, pois por parte da pessoa infértil é difícil aceitar que a outra pessoa conceba um filho que biologicamente não será seu, surgindo problemas quanto ao estabelecimento da paternidade biológica e registral.

Como já destacado, para que o casal possa se recorrer a um material genético estranho ao deles será necessária a autorização do cônjuge ou companheiro não participante da técnica para que o outro possa realizá-la. Esta autorização é chamada Termo de Consentimento Adequado, previsto na Resolução nº 1358/92 do CFM, também citado por Eduardo de Oliveira Leite. Para que possam assinar o Termo, o casal

terá que preencher alguns requisitos como capacidade civil para o ato, consciência plena da técnica a ser implementada, consciência e concordância plenas quanto às consequências advindas deste ato.

Sem esta autorização não será possível a realização da fertilização, e se esta se realizar, será possível a contestação de paternidade, tendo em vista a não manifestação expressa do cônjuge em ter um filho. Conclui-se desta maneira, pois não há como se forçar uma paternidade, sem nenhum comportamento de risco. Entretanto, para que essa pessoa não tenha responsabilidades é necessário que ela se manifeste contra a gestação no início, pois se esta manifestação ocorrer depois de uma convivência longa e no bojo de uma separação judicial, por exemplo, esta não será aceita em decorrência da paternidade socioafetiva.

Caso a autorização tenha sido feita e a técnica realizada, não será cabível arrendimentos, e a paternidade será estabelecida através da manifestação expressa de vontade do pai.

Por outro lado, entende-se mais modernamente que mais vale a paternidade socioafetiva do que a biológica. Isto é, tem mais valor aquela paternidade do dia-a-dia, da criação e educação, e não somente aquela que doou o material genético. Desta forma, é mais fácil estabelecer a paternidade com base na convivência da criança com o pai. Por conseguinte, nos casos das técnicas de reprodução humana nas quais não se utilizou a carga genética de um dos pais, a convivência entre eles ilide a paternidade biológica.

Diante da paternidade socioafetiva, não há que se falar em vínculo de consanguinidade. Assim, verifica-se uma verdadeira justiça em termos de paternidade, pois desta forma não verificar-se-ão manipulação emocional por parte do pai que não é biológico, pois aquele que criou e manteve o “estado de filho” não terá como deixar este desamparado juridicamente.

O problema ainda se agrava se tal fertilização for realizada depois da morte de um dos genitores (inseminação *post mortem*).

Neste caso, a dificuldade não reside no estabelecimento da paternidade, mas sim na sucessão, pois o Código Civil aceita a inseminação *post mortem* somente na modalidade homóloga, e assim realizando-se o exame de DNA, não haverá dúvidas quanto a paternidade.

Considerando que o Código Civil, artigo 1597, permitiu a realização da inseminação *post mortem* e, que não existe legislação regulamentadora de tal situação, há a possibilidade de manipulação de tal situação por parte da companheira que foi autorizada a ter um filho do falecido.

Por outro lado, há a necessidade de se estipular um prazo razoável para que tal criança nasça, para que não cause uma insegurança jurídica.

O mais razoável seria considerar tal possibilidade, analogicamente à prole eventual, ou seja, esta criança deverá nascer dentro de um prazo razoável de 2 anos (prazo previsto para a prole eventual) para que se possa dividir a herança dentre os demais herdeiros e no bojo do próprio inventário ou arrolamento reservar uma cota-parte para o eventual herdeiro.

Desta forma, diminuiria os riscos de eventuais manipulações por parte da genitora em querer uma vantagem econômica.

Cumprе ressaltar, que referido tema é ainda muito novo tanto na sociedade brasileira, como na mesa de discussões entre os juristas brasileiros.

A visão, ainda, está muito tímida e pouco amadurecida, o que traz para os estudiosos uma grande insegurança, tendo em vista a falta de tecnicidade trazida pelo Novo Código Civil, que, ao final, nada de inovador trouxe em suas determinações.

Enfim, é uma oportunidade de se concretizar o projeto parental através dessas técnicas, acompanhadas de normas éticas e morais, pois caso contrário, estaria privilegiando a vontade individual do que o bem estar da criança que está por nascer.

Isto posto, para que possamos apresentar soluções para os questionamentos, que são muitos, em torno desse tema, atentariamos para três fundamentos: o bom senso, a ética e a elaboração de uma lei específica, completa e regulamentadora. Estes elementos combinados seriam a solução perfeita para muitas clínicas, operadores do Direito e pessoas idôneas que querem concretizar o sonho da paternidade de maneira legal.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Isabela; DÔNOLA, Vinicius, Globo Repórter de 08/07/2005 - notícia escrita disponível em <<http://globoreporter.globo.com/Globoreporter/0,19125,VGC0-2703-6102-3,00.html>>. Acesso em: 24.jul.2006.

BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro - São Paulo: Temas Renovar: Renovar, 2001.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n.31, ago/set. 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAMA, Guilherme Nogueira Calmon da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese; IBDFAM, n.13, abr/jun. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado XVI - artigos 1591 a 1693*. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. *Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil*. Dissertação de Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Bauru, ITE, 2005.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCARPARO, Mônica Sartori. PEREIRA, Sergio Gischkow (pref.) *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

HOUAISS, Antônio. *Mini dicionário da Língua Portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss. Rio de Janeiro, 2004.